En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., M. E. c/ M., J. E. y otro s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 616/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 112/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 570), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 504/522vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado

La jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda por mala praxis médica condenando al Dr. J. E. M. y a C. DEL V. S.R.L. a abonar al Sr. M. E. S. la suma de pesos doscientos noventa y ocho mil con ochocientos treinta y cinco ($298.835), con más los intereses correspondientes a la tasa activa utilizada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos comerciales. Asimismo, hizo extensiva la condena a la citada en garantía N. C. de S. S.A. en los términos establecidos en las pólizas contratadas por el médico y la clínica

condenados; impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

2. Los recursos. Sus fundamentos:

La parte actora, a fs. 536, y la citada en garantía a fs. 537, apelaron la sentencia; los recursos fueron concedidos a fs. 539, fundados a fs. 551/552 y 553/559 respectivamente y contestados los agravios por la contraria a fs. 561/562 y 563/567.

2.a. El recurso de la parte actora:

El actor de agravia por la fijación en la sentencia del "salario mínimo vital y móvil" como base de cálculo de los montos indemnizatorios por incapacidad sobreviniente.

Manifiesta que la jueza de primera instancia decidió tomar tal parámetro ante la ausencia de pruebas sobre sus ingresos, oponiéndose a la decisión de la magistrada porque en el expediente n° 110/2014 sobre beneficio de litigar sin gastos, según dice, constan recibos de haberes y de pensión. Afirma que resulta una notable diferencia en el resultado tomando una u otra base de cálculo.

Como segundo agravio, el actor considera ínfima la suma determinada en concepto de daño moral, alude a la antijuridicidad de las codemandadas, a la situación vivida luego de la intervención médica y a su vida cotidiana disminuida. Solicita la suma de $500.000 por este rubro.

La citada en garantía, al contestar el traslado conferido, solicita que se declare desierto el recurso por no constituir una crítica concreta y razonada de la sentencia de grado y limitarse únicamente a la solicitud de ampliación de los montos por incapacidad sobreviniente y daño moral.

Subsidiariamente solicita el rechazo de los agravios del actor. Entiende que este calificó a la sentencia como substancialmente justa y solo expresó su

desacuerdo con los montos resultantes. Afirma que ello no constituye un agravio, que el planteo es improcedente y abusivo. Mantiene reserva del caso federal.

2.b. El recurso de la citada en garantía:

La citada en garantía N. C. de S. S.A., en primer término impugna la atribución de responsabilidad al médico -Dr. M.- porque se ha considerado configurada la falta profesional contrariando las conclusiones periciales del Dr. B. sin fundamento ni aval científico. Cita las preguntas y respuestas de la pericia y concluye que el Dr. M. procedió conforme al arte de curar, sin culpa médica en el caso.

Partiendo de esta premisa, expresa el segundo agravio, concretamente, considera que de la pericia mencionada no surge incumplimiento de las obligaciones a cargo del Dr. M. ni negligencia; que por tal motivo no concurren los presupuestos para atribuir responsabilidad.

Como tercer agravio, ataca la condena en concepto de daño moral. Según su postura, no existe responsabilidad y como consecuencia la condena por daño moral no tiene sustento ni fundamento y configuraría un enriquecimiento sin causa para el actor.

Expone su cuarto agravio en contra de la tasa de interés y el inicio del cómputo de los mismos fijados por la jueza de grado. Sostiene que el cómputo debe hacerse desde la constitución en mora del deudor, y en su caso, sería desde la notificación de la demanda. Por otra parte, solicita la aplicación de la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina, y se manifiesta en contra de la tasa activa por considerarla confiscatoria por lo extenso de un juicio por daños y perjuicios, y porque el monto final sería más alto que el capital reclamado, entre otras cosas. Formula reserva del caso federal a fs. 558vta.

El actor contesta el traslado conferido planteando, en primer término, que el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía es inadmisible porque el asegurado consintió la sentencia de primera instancia. Sostiene que existe un litis consorcio facultativo, figura donde el resultado de una parte no beneficia a las restantes, que la aseguradora tiene la obligación de mantener indemne el patrimonio del asegurado, aún cuando obtuviera -en este caso- un resultado favorable a su apelación. Que en esa inteligencia, la asegurada carecería de interés porque de todos modos debería responder en nombre del actor por la condena consentida. Que el interés es el fundamento de un recurso, y si no concurre en el caso no hay un acto procesal válido. Cita jurisprudencia en apoyo a su postura y solicita el rechazo de los agravios de la citada en garantía.

En segundo término ataca los agravios de la aseguradora. Sostiene que efectuó un análisis parcial de la pericia practicada y que omitió referir al resto de las pruebas tales como estudios no requeridos, ausencia de consentimiento informado, estudios médicos inmediatos al suceso, entre otras. Transcribe el razonamiento de la jueza en la sentencia de primera instancia. Sostiene que el daño sufrido por el actor es consecuencia del cateterismo por una intervención no querida y no informada.

Respecto del daño moral sostiene que la sola ocurrencia de los sucesos del caso hacen presumir su existencia.

Sobre los agravios en contra de la tasa de interés fijada en al sentencia, afirma que el cómputo debe iniciarse desde la producción del daño, y que la activa es la única que permite una justa indemnización, de lo

contrario se licuaría el crédito por la inflación beneficiando a los responsables.

3. Admisibilidad del recurso de la citada en garantía:

El expreso planteo de la parte actora respecto a la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto, exclusivamente, por la citada en garantía debe ser rechazado con base en las consideraciones siguientes.

La restricción que propone el recurrente no se compadece con el derecho a tutela judicial efectiva que se integra con el derecho al recurso y que consagran las normas preeminentes de nuestro ordenamiento Es ilógico considerar que la aseguradora citada en garantía no está legitimada para recurrir una sentencia adversa, por la falta de impugnación del asegurado en función de la obligación que le corresponde a la aseguradora de mantener indemne al asegurado (art. 109 Ley 17418) y por la posibilidad de que la sentencia condenatoria se ejecute en su contra en la medida del seguro (art. 118). Estas dos obligaciones previstas por la ley de fondo demuestran el interés en recurrir la sentencia que resulte adversa tanto para el asegurado como para ella.

Tengo presente, además, que calificada doctrina autoral sostiene un criterio diferente al propuesto por el recurrente. Así: “Según la mayoría de opiniones, la ley ha exigido que si participa la aseguradora en el juicio también debe participar el asegurado, con lo que se conforma entre ambos una situación prácticamente asimilable a un litis consorcio necesario, al no poderse dictar una sentencia útil sobre el asunto si no es en relación a los dos. Y en base a todo ello resulta lógico concluir también que en ese supuesto particular el recurso interpuesto por la aseguradora, en caso de resultar favorable, tenga efecto extensivo en relación al asegurado aun cuando no haya recurrido (*cf.* LOUTAYF

RANEA, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Tomo I, 2° edición actualizada y ampliada; ed. Astrea, Bs. As. 2009; ps. 253 a 255).

Por las razones dadas, propongo el rechazo del planteo liminar efectuado por la parte actora.

4. Suficiencia técnica del recurso de la actora:

La citada en garantía ha planteado la insuficiencia técnica del recurso interpuesto por la actora.

La pretensión no puede prosperar porque el apelante ha refutado, en forma concreta, la línea argumental del fallo de primera instancia en lo que ha sido materia de agravio. Por lo demás, si algún interrogante quedara al respecto, corresponde aplicar la doctrina que dimana de los precedentes del Superior Tribunal de Justicia de la provincia. Nuestro máximo tribunal local ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 269 del CPCCCh se debe optar por tenerla por satisfecha (*cf.* autos “González Vda. de Fernández, Encarnación” del 31-05-99; en idéntico sentido autos “T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular”, del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y “Palavicino, René c/ Marítima s/ diferencias salariales”, del 23-03-01 SAIJ01150056).

Este criterio amplio en la valoración de los fundamentos es el que inveteradamente ha adoptado la Sala que integro porque es el que mejor armoniza con el ejercicio irrestricto del derecho de defensa tutelado por la Constitución de la Nación y la de nuestra provincia.

Por ello, propongo el rechazo del planteo.

5. Tratamiento de los agravios:

En primer lugar he de dar tratamiento a los agravios expresados por la aseguradora, citada en garantía, en función de la eventual incidencia que los mismos pueden tener en la revisión del caso.

5.a. Los agravios de la citada en garantía:

La citada en garantía pregona la falta de configuración de los elementos que permiten atribuir responsabilidad civil al profesional y a los demandados con base en las conclusiones de la pericia médica, pero soslayando los motivos que la magistrada ha dado para fundar el apartamiento de tales conclusiones.

Huelga recordar que como he señalado en anteriores pronunciamientos las conclusiones de los peritos deben ser interpretadas por la magistratura, caso contrario el perito se convertiría en quien decide la causa, cuando es un auxiliar del órgano jurisdiccional. Se trata de un deber elemental, elevado a la categoría de mandato legal por el artículo 477 del CPCCCh que establece: "la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca".

Justamente, esa actividad reglada por la norma procesal es la que ha realizado la jueza de grado que ha analizado el dictamen pericial y precisado su fuerza probatoria teniendo en consideración la competencia de las personas que efectúan los mismos, los principios en que puedan fundarlos y la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás elementos de convicción que la causa ofrece, tal como lo ordena el artículo 477 del CPr., adjudicándole el valor apropiado para la resolución de la litis.

Las reglas de la sana crítica, aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales, son lógica basada en el derecho y auxiliada por la experiencia y la observación, que conduce al juez

a discernir lo verdadero de lo falso; de tal modo el artículo 386 del ritual constituye una exhortación al juzgador para que aplique dichas reglas, cuyo desconocimiento acarrea el absurdo –denunciado en autos-. En definitiva, tienden a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Una pauta esencial que emana de estas reglas, es la apreciación conjunta de las probanzas de autos con el fin de obtener una convicción acorde con la cuestión controvertida y en el caso se han examinado otras pruebas colectadas y la congruencia intrínseca del dictamen que directamente enervan la fuerza probatoria del peritaje.

Este análisis integral de la causa no ha sido refutado por el recurrente, que se abroquela en las consideraciones periciales desconociendo dos cuestiones esenciales, debidamente ponderadas por la magistrada a los efectos de la atribución de responsabilidad civil: la realización de una práctica médica invasiva (angiografía cerebral por cateterismo) no requerida por el médico tratante y la consecuente falta de consentimiento informado.

La realización de una práctica de riesgo no requerida por el médico tratante constituye una falta grave, como demuestran las constancias de la causa puntualmente valoradas en el fallo impugnado.

Veamos, el médico tratante del actora era el Dr. J. A. H., cardiólogo ecografista, a cuyo cargo estuvieron la realización de dos estudios diagnósticos: un doppler de vasos del cuello efectuado el 6 de agosto de 2011 –fs. 10/11- y otro de miembros inferiores realizado el 12 del mismo mes y año –fs. 12/13-. Las conclusiones del primer estudio son las que transcribo: “1. Presencia de placas Lipídicas, en el límite de la significación en carótida primitica

izquierda. 2. Múltiples placas fibrolipídicas no significativas en ambos senos carotídeos. 3. Espesor íntima media severamente aumentados en el extremo distal de ambas carótidas primitivas. 4. Circulación carotídea y vertebral extracraneales normales" –fs. 11.

Las conclusiones del estudio de arteria de miembros inferiores son las siguientes: 1. A nivel del miembro inferior derecho se evidencia marcado hipoflujo (cambios secundarios distales), compatibles con lesiones severas proximales (aorta abdominal, vasos iliacos). 2. A nivel del miembro inferior izquierdo observa oclusión de arterias femoral superficial izquierda en la unión del tercio medio con el distal (con signos distales de hipoflujo y vasodilatación isquémica leve). 3. Severo engrosamiento del espesor íntima-media de la porción distal de ambas arterias femorales comunes, con placas fibróticas y fibrocálcicas groseras en ambas arterias femorales comunes y superficiales". –fs. 13-.

En forma casi inmediata a la realización de estos estudios diagnósticos el profesional tratante prescribió otros específicos: aortograma abdominal y angiografia de miembros inferiores y coronografía. Los primeros fueron realizados el 26 de agosto de 2011 y el restante el día 6 de setiembre de ese año. En esa oportunidad el encargado de realizar el estudio diagnóstico extralimitando la indicación del médico tratante realizó una angiografía digital (AD) de cerebro por cateterismo.

Estos hechos demuestran que si el profesional tratante que tenía la cosmovisión clínica del paciente y que ya había realizado estudios diagnósticos (doppler de vasos de cuello) no prescribió la práctica, su realización por parte del demandado, sin indicación alguna, constituye una falta grave. Ello por cuanto la invasión intrarterial por cateterismo constituye una

práctica médica riesgosa conforme lo señala la doctrina especializada.

Así se ha establecido: "Las causas más importantes para no utilizar la AD como método de rastreo son los costos y lo riesgos asociados. La complicación más temida es el ACVi, cuya incidencia es del 1% si el procedimiento es efectuado por un experto… Las tasas de complicaciones en otros estudios han sido significativamente inferiores y la mayoría de las autoridades consideran que una tasa de ACVi > 1% en estudios diagnósticos es inaceptable. (125,126). En la mayoría de los casos, los estudios con Doppler, la AT y la AR proporcionan la información necesaria para orientar la indicación terapéutica hacia el tratamiento médico, endovascular o quirúrgico. …las AD por cateterismo son innecesarias para la evaluación diagnóstica de la mayoría de los pacientes con enfermedad vascular extracraneal. En la actualidad se utiliza cada vez más la AD como paso previo inmediatamente antes de un procedimiento terapéutico endovascular (angioplastia carotídea con implante de *stent*)….Ante la sospecha de una estenosis carotídea sintomática (o en pacientes asintomáticos con riesgo aumentado), la AD por cateterismo no reemplaza, en la práctica habitual, el Doppler, ya sea como método de diagnóstico solitario o como prueba confirmatoria para evaluar una estenosis de gravedad conocida" (Revista Argentina de Cardiología / vol 83 suplemento 3, "Consenso de Enfermedad Vascular Periférica", S. Argentina de Cardiología, Área de Consensos y Normas, Octubre 2015, p. 22, consenso-de-enfermedad-vascularperiférica-.pdf).

En el caso, conforme se ha probado no se trataba de un estudio imprescindible, ya que carecía de indicación para realizarlo, puesto que el médico

tratante había realizado estudios diagnósticos por medios alternativos no invasivos (doppler).

Estas premisas fácticas fueron ignoradas por el perito médico, pero valoradas por la jueza de grado en cumplimiento de su deber evaluar en conjunto la prueba colectada, en forma completa y crítica.

Al decir evaluación completa está implícito que debe ser sin parcializar su estimativa; en tal marco, no podía prescindir de la ponderación de los estudios diagnósticos referidos, de la falta de indicación médica de la práctica, de los estudios posteriores y de los testimonios de las y los profesionales que asistieron al paciente luego del episodio sucedido en la práctica médica invasiva, riesgosa y no indicada por el médico tratante del paciente.

Ergo, el delicado quehacer que implica tal apreciación conjunta ha quedado satisfecho en la especie porque la juzgadora otorgó valor a un cuadro probatorio con razonamientos que dan cuenta de un examen minucioso y completo de todas las constancias probatorias; expresando las razones objetivas que sustentaron el pronunciamiento.

El recurrente no ha podido demostrar el quiebre de tal razonamiento, ya que su crítica se abroquela en el peritaje médico y desatiende las sólidas razones que sustentan las conclusiones del fallo.

Repárese que, incluso, el recurrente insiste en la existencia de consentimiento informado cuando en el pronunciamiento se ha señalado con precisión que la firma inserta en el formulario preimpreso fue desconocida por el actor y la pericial caligráfica ofrecida en subsidio no fue practicada –fs. 515-.

Con base en tales razones es que propicio el rechazo de los agravios individualizados como a. y b.

La revisión de la procedencia del daño moral –punto c. del memorial de la citada en garantía obrante a fs. 557- no puede prosperar puesto que la concurrencia de los presupuestos que dan andamiaje a la responsabilidad obsta a tal pretensión. Por lo demás en orden a la cuantía del daño no logra demostrar el demandado el exceso que pregona.

Los dos agravios siguientes –expresados en forma subsidiaria- se refieren a la fecha de cómputo de los intereses y a la tasa que se ordenó aplicar.

En orden a la fecha de cómputo de los intereses, señalo que la crítica es insuficiente para fundar un pronunciamiento distinto.

Las razones dadas por la jueza de grado para adoptar la solución que consagra han quedado sin refutación concreta; repárese que la magistrada claramente ha explicado porque aplica la previsión del artículo 1748 del Código Civil y Comercial mientras que el recurrente tan solo propicia una solución diferente basada en las anteriores previsiones de las normas de fondo. Ergo, nada dice sobre la aplicación inmediata del novel ordenamiento a las consecuencias no consumadas de las relaciones jurídicas existente al momento de su entrada en vigencia; es decir no refuta el criterio adoptado en el fallo. Por lo tanto, el agravio es inadmisible.

Respecto a la tasa de interés aplicada, tampoco prosperará el agravio.

En el caso concreto, la actora no estimó en el escrito inicial cuál era la tasa de interés que consideraba se debía aplicar a su acreencia. En efecto, limitó su pretensión a los intereses legales y en tal contexto la jueza de grado en el uso de las facultades que le son propias ordenó aplicar la tasa de interés activa del Banco Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días.

La tasa pasiva cuya aplicación propugna la citada en garantía recién al expresar agravios debe ser descartada de plano en tanto se trata de un debate absolutamente superado en nuestra provincia. Este tribunal, en sus dos integraciones desde hace más de una década utilizó la tasa activa para el cálculo de los intereses originados en la mora de todo deudor. A su vez, dentro del elenco de tasas activas vigentes optó por la correspondiente a descuento de documentos a treinta días del Banco de la Nación Argentina, que es la que se ha ordenado aplicar en el fallo.

Por lo demás la recurrente no ha demostrado cómo y por qué la aplicación de esa tasa conduce a un resultado que lesione su derecho de propiedad. En este contexto los argumentos son meramente dogmáticos.

Por las razones expuestas propicio el rechazo del recurso, con costas.

5.b. Los agravios de la parte actora:

Los agravios del actor se refieren a los montos de las partidas indemnizatorias, tanto la correspondiente a la incapacidad sobreviniente como a la del daño moral.

El recurrente se queja porque la jueza de grado frente a la falta de prueba de los ingresos del actor adoptó como base de cálculo para la tasación del daño material el ingreso del salario mínimo vital y móvil.

La revisión no puede prosperar porque el déficit probatorio que ha observado la magistrada efectivamente se verifica. Repárese que está ausente el necesario aporte cognoscitivo que quien promueve una acción de daños y perjuicios debe realizar primero para cuantificar las partidas indemnizatorias al promover la acción y luego para acreditar los elementos objetivos que permiten tal tasación. A fin de ejemplificar la orfandad argumentativa destaco que en la partida de incapacidad sobreviniente luego de referirse a la lesión tan solo se dijo: “Teniendo en cuenta el estado de salud

anterior del actor, su edad y demás circunstancias relatadas en la presente demanda, en concepto indemnizatorio por el daño físico causado al actor, se reclama la suma de PESOS QUINIENTOS MIL ($500.000), dada la incuestionable importancia que tuvo y tiene hoy en día la aptitud visual bilateral para el desempeño de cualquier tarea (desde conducir vehículos hasta manejar elementos electrónicos modernos, etc.)" (fs. 45).

Ergo, el ingreso adoptado por la magistrada se ajusta a la realidad de este proceso. La referencia al recibo de haberes agregado al beneficio de litigar sin gastos no demuestra que el criterio consagrado en el fallo carezca de razonabilidad en tanto el monto salarial corresponde al salario del mes de febrero de 2014 y la jueza adoptó el del mes del evento dañoso (setiembre de 2011).

La partida del daño extrapatrimonial (moral) también ha sido impugnada y en este caso adelanto que la revisión es procedente por las razones que se siguen.

La estimación del daño es parcial puesto que no se ha apreciado en su justo alcance la severa vulneración a la autonomía personal que la realización de un estudio invasivo y riesgoso no prescripto, aprovechando la situación en la que se encontraba el paciente que concurrió para otra práctica diagnóstica.

Por ello y teniendo en cuenta las otras circunstancias valoradas en el fallo, es razonable atendiendo a los precedentes de esta Sala en similares circunstancias, elevar el monto de la partida a la suma de pesos doscientos cincuenta mil ($250.000) (*cf.* Sentencia Definitiva N° 20/16/CyC).

5. Costas y honorarios:

La modificación del monto de condena no se proyecta en materia de costas y honorarios de la primera instancia que no deben ser reajustados en tanto se mantiene la calidad de vencidas de las demandadas y los

emolumentos profesionales fueron regulados en porcentajes.

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la citada en garantía por aplicación del principio general de la derrota.

Los honorarios se regularán de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y en los porcentajes reglados por el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto propongo se regulen los correspondientes a los Dres. E. N. y R. C. W., en forma conjunta en el 30% de los establecidos en la primera instancia y los del Dr. O. G. R., en el 25% a calcular sobre los que le fueron fijados en la instancia de grado.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Con base en lo expuesto propongo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía en todas sus partes. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora elevando el monto de condena a la suma de pesos cuatrocientos cuarenta y ocho mil ochocientos treinta y cinco pesos, con costas a la citada en garantía. Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 558vta.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia que se dicta a fs. 504/522vta. hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la demandada Dr. J. E. M. y a la C. del V. S.R.L. a pagar en plazo de 10 días a la parte actora M. E. S., la suma de $198.835, con intereses y más la suma de $100.000 por daño moral. Impone las costas a la demandada y citada en garantía La C. de S. S.A. Regula los honorarios profesionales.

A fs. 527/533vta., comparece a juicio nuevo apoderado de N. C. de S. S. A..

A fs. 535 apela la sentencia la aseguradora precedente, que ratifica el nuevo apoderado letrado Dr. O. J. R. a fs. 537; a fs. 536 apela la sentencia el Dr. R. W. por su parte. Los recursos se conceden a fs. 539.

A fs. 551/552vta., presenta el recurso la parte actora, la citada en garantía lo hace a fs. 553/559. Los traslados pertinentes se ordenan a fs. 560. A fs. 561/562vta., la aseguradora contesta la expresión de agravios de la contraparte y a fs. 563/567vta. C. del V. S.R.L. hace lo propio.

El material recursivo, las cuestiones de hecho y de derecho se encuentra explicitadas en el introductorio del acuerdo (art. 274 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico), con lo que interponiéndose en principio defensas que serían impedientes del tratamiento de fondo de los recursos interpuestos, corresponde su revisión.

Por su pretensión revocatoria del fallo dictado contra las partes y la propia citada, se impone el tratamiento de los agravios de la parte citada en garantía N. C. de S. S. A. (fs. 553/559).

En principio y cuestionada la habilitación del recurso concedido, opone la actora contestante a fs. 563 y ss., que no habiendo la demandada -citante de la aseguradora- recurrido la sentencia de condena, en razón de la obligación contractual de indemnidad de su asegurado, carece de legitimación para recurrir la sentencia y cita el fallo de la Cámara de apelaciones de la Circunscripción Judicial del Noroeste, autos caratulados “S., N. F. c/ M. C., R. y otros s/ daños y perjuicios”, expte. N° 19.027 año 2003, Sala B. Transcribe en extenso sus fundamentos. Concluye en consecuencia que el apelante se encuentra imposibilitado de recurrir el fallo consentido por el asegurado.

Es claro que el caso planteado que toma una de las posturas en la materia, ha provocado mucha discordancia

doctrinal y jurisprudencial ante otra corriente permisiva de las facultades procesales de las aseguradoras citadas en garantía (*cf*. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Palacio – Alvarado Velloso, T.3, pág. 507, ed. Rubinzal Culzoni, año 1997), con lo que esta Sala ha tomado en su momento por mayoría los principios de amplitud de las facultades del asegurador, fundado como lo señala mi colega preopinante, a partir del principio de la tutela judicial efectiva y congruente; se agrega, si citada la tercera por su deber de responder por la indemnidad del asegurado y facultado a ejercitar defensas en juicio y luego la sentencia será ejecutable en su contra, la lógica de apelar el resultado condenatorio corona su derecho de defensa en juicio; como se señala por los autores, la ejecutabilidad de la sentencia en contra de la asegurada requiere como presupuesto indispensable que esta goce de todas las facultades inherentes al amplio ejercicio del derecho de defensa (art. 18 C.N.).

Las conclusiones con otros autores que se citan: "… si bien el litisconsorcio voluntario pasivo, constituido asegurado-asegurador, conforman una relación procesal única con pluralidad de partes principales, cada una actúa autónomamente. De allí que, a título de ejemplo, si el asegurado no opone determinadas defensas, el asegurador puede igualmente hacerlo; y si el asegurado resulta condenado y consiente dicho pronunciamiento, el asegurador de todos modos se halla habilitado para recurrir contra el fallo" ("Intervención procesal del asegurador citado en garantía", G. Stiglitz y Rubén Stiglitz, en J.A.1987-IV-841). Se rechaza por lo expuesto la defensa de la parte actora que se deja tratada.

Cita la agraviada el párrafo de la sentencia en la que concreta la razón del pronunciamiento, que queda

acreditada la culpa médica del profesional Dr. J. E. M. por el accidente isquémico padecido por el Sr. M. E. S., en ocasión que se le practicara la coronariografía de fecha 6 de setiembre de 2011.

Centraliza la crítica la recurrente por cuanto sostiene que la sentencia sin brindar fundamentos sólidos, ni científicos que avalen su decisión, se aparta de la pericia médica del Dr. B., de la cual surge a su juicio que el obrar del profesional actuante ha sido correcto y de acuerdo a los mandatos de la ciencia médica. Entiende la apelante que surge con total claridad y contundencia del informe pericial realizado por el Dr. B. y transcribe la respuestas del experto que para confirmar el procedimiento de cateterismo de acuerdo a las reglas del arte, se remite al informe realizado por el propio Dr. M. (expte. N° 112, fs. 21) y que contestando afirmativamente que los actos se cumplieron conforme a las normas establecidas por el CACI (Colegio Argentino de Cardiología Intervencionista) y que no se observa ningún acto de negligencia.

Frente a solo una de las facetas de la problemática relativa a estudios realizados por el Dr. J. E. M., los antecedentes del caso demuestran que el actor se encontraba previamente por problemas cardiovasculares bajo la atención médica de facultativo de la C. del V., el Dr. J. I. A. H., que le efectúa dos estudios Doppler. La coronariografía del 6/8/2011 de vasos de cuello. Registra lado derecho, el espesor íntima-media la porción distal de la carótida primitiva severamente aumentada (1,2 a 1,4 mm) y presencia de placa fibro lipídica cara dorsal de la carótida primitiva y placas fibro lipídicas en ambas caras del seño carotídeo, no significado, de bordes lisos. La carótida externa derecha presenta morfología de onda de Doppler normal.

La arteria vertebral derecha es de diámetro y flujo en sentido fisiológico, normales. Lado izquierdo. El espesor íntima-media de la porción distal de la carótida primitiva izquierda aumentado en grado severo, con placas lipídicas en el límite de la significación extensas, en carótida primitiva de hasta 11,2 mm y otra fibrolipídica en cara dorsal del seno carotídeo, no significativa.

Un segundo estudio del Dr. A., de fecha 12/8/2011, Aortograma abdominal y angiografía de de Arterias de Miembros Inferiores. Sus datos significativos indican de severo engrosamiento del espesor íntima-media de la porción distal de ambas arterias femorales comunes se encuentran informadas a fs. 17.

Tales eran los antecedentes y controles efectuados por el primer facultativo, que no cuentan con ninguna referencia de la recurrente no obstante que señala que efectuará una breve introducción, pero solo para referirse a los términos conclusivos de las razones de la condena de la sentencia por la práctica de coronariografía del 6/9/2011. Entra entonces de lleno a defender dicha práctica médica (coronariografía) y su modo de realización; deja sin respuesta, primero, la lógica médica a la que debía intervención frente a los antecedentes de actuación del Dr. A. H. y estudios realizados y segundo, no responde al planteo de la demanda que dicha práctica no fue pedida por el Dr. A. H. ni tampoco solicitada por el actor, aspecto este también relevado por la sentencia. Esta lo concreta a fs. 515, el Dr. M. debía limitarse al objeto específico y determinado de examinar el sistema vascular coronario y en tal carácter debía atenerse a la prescripción del galeno tratante.

Tampoco contesta la cuestión muy sensible que determina la sentencia; que los consentimiento

informados adjuntados en original a fs. 141/142 del conteste de la demanda, fueron alcanzados por el desconocimiento de la documentación efectuada a fs. 157 –por consiguiente la firma del actor– sin que se produjera el debido reconocimiento con la prueba pertinente (el fallo a fs. 539/539vta.), concusiones ampliadas a fs. 515 y lo que luego concluye en el primer párrafo de fs. 515vta., que el consentimiento no libera automáticamente al médico de responsabilidad, más la ausencia de consentimiento y la inexistencia de razones de emergencia, torna ilegítimo el acto médico.

La recurrente pretende respuestas científicas a la anómala conformación de los estudios practicados por la codemandada –luego se verá el error que suministra la pericia–, ello, más la ausencia de controversia a textos puntuales de la integridad de la sentencia, autoriza el apartamiento de la pericial rendida.

En fallo de la Cám.Nac.Civ. y Com., Sala I, del 28/dic./1993, autos “Piemonte, Agustín c/ Matera Raúl – L.L.1986-B-77, se declaraba que el consentimiento informado ha sido llevado al ámbito de los derechos fundamentales de la persona e implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, luego de brindársele una información del mismo carácter, comprensible y no sesgada; que cuando el médico actúa sin obtener debidamente el consentimiento informado asume unilateralmente los riesgos de su intervención, aún cuando no exista culpa en la producción del daño.

Estas consideraciones, el consentimiento informado de fs. 141, no puede considerarse suficiente si luego de informar a S. el cateterismo cardíaco se agrega “y visualización angiográfica selectiva de mis arterias”. Si el alcance implicaba la práctica que luego realizó hacia la zona del cuello y proximidad craneana, ello es la extensión del cateterismo hacia la carótida común o

primitiva y sus ramificaciones, interna derecha e interna izquierda (zona extracraneana), tamaña extensión no pudo considerarse suficiente información, desde que comprendía –como lo llaman– el mismo territorio explorado por el Dr. A. H. de vasos de cuello y carótidas por el sistema de onda Doppler. Un lenguaje comprensible para el actor en este sentido no pudo ser omitido, para que el consentimiento pudiera considerarse suficientemente informado.

Se señaló la amplitud jurisprudencial, cuando el médico actúa sin obtener debidamente el consentimiento informado, asume unilateralmente los riesgos de su intervención, aún cuando no exista culpa en la producción del daño.

A fs. 301, la testigo A. E. P., médica neuróloga, expone que atendió al actor, siendo el motivo de la consulta que no veía bien, se había hecho un estudio de arteriografía y en el procedimiento tiene un trastorno visual que después no recupera, por eso viene al consultorio y que se trata de una complicación bastante común del estudio.

Con tal testimonial, la tomografía de cerebro realizado por la Dra. C. solo dos días después de la indebida extensión de la intervención del Dr. M., no existe razón para la protesta por la relación de causalidad, con lo que resulta confirmable la relación de la sentencia a fs. 514, la lesión isquémica padecida por el actor M. E. S., en ocasión que se le practicara coronariografía, concurrente con la declaración del propio perito en cuanto se desdice dice la sentencia y que el accidente isquémico está relacionado con el cateterismo efectuado.

Sí debe observarse de esta misma foja citada del fallo (fs. 514), la gravedad de la errónea información suministrada por el perito, señalando que las arterias carótidas no son las responsables de irrigar el

territorio afectado. Es común información que la arteria carótida primitiva o común al nivel del margen superior del cartílago tiroides se divide en carótida externa e interna. Que esta, la interna, sin ramificarse sube hasta la cavidad craneal donde se divide en ramificaciones que irrigan, entre otros, el globo ocular con sus anejos. Ninguna referencia esclarecedora suministra el perito Dr. B. a fs. 444/444vta., al contestar la pregunta 5.3., dejando sin explicación la función irrigadora de la arteria carótida interna al globo ocular, para expresar omisivamente que "… el accidente isquémico no se encuentra relacionado con el acceso del catéter por la arteria carótida".

La esquiva respuesta pericial deja sin sustento la exigencia de la recurrente de la contraprueba científica, porque el común de la información de los textos de la especialidad, definen el campo de irrigación de la arteria carótida interna al globo ocular, sin perjuicio del sector del cerebelo.

En definitiva, son las razones que obligan, como lo hace el fallo, a la evaluación prescindente del dictamen pericial respecto a la inexistencia de vinculación del cateterismo cardíaco, su ampliación extensiva a las carótidas externa e interna del actor y la lesión isquémica con la pérdida de la visión del ojo derecho, imputando la responsabilidad del demandado.

Daño moral: niega la recurrente el daño moral porque sostiene que no existe un reproche fundado en derecho. El resultado negativo precedente a los agravios demuestran la conducta reprochable y el sustento para indemnizar. La pericia médica de fs. 429/432 y fs. 444/445, que define el fallo, demostrativo de la pérdida del campo visual del ojo derecho casi total, es un daño grave de lógico impacto espiritual de innecesaria

demostración. La sentencia asigna un porcentaje de incapacidad de 31% que no se encuentra controvertido.

La negativa en consecuencia carece de sustento por la que se rechaza el agravio.

Respecto a la impugnación sobre el tipo de interés y el ámbito de su vigencia, queda firme la aplicación del art. 1748 CCyC, no controvertida, en tanto afirma la recurrente que por tratarse de valores actualizados del ámbito contractual, los intereses moratorios solo corren a partir de la notificación de la demanda. Cita jurisprudencia.

La sentencia se ha expedido respecto a la tasa de interés a aplicar a cuyo respecto –sin perjuicio de la tasa actualmente vigente en esta jurisdicción– aplica la que dice rigió por más de una década con cita de los fallos respectivos, vigentes a la interposición del juicio y carentes de controversia por la ahora recurrente en tanto se peticionaban los intereses legales (fs. 42). El fallo individualiza la jurisprudencia respectiva de esta Cámara, todo sin controversia especifica de la apelante. La invocación del encuadre contractual de la relación carece de proponibilidad, negada por la interesada al contestar la demanda (art. 280 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico).

Por otra parte, que la tasa activa sea de carácter confiscatorio, sin exhumar los fallos invocados por la sentencia ni demostración de tal carácter, carece de sustento. De igual modo, la extensa proyección del juicio en el tiempo, no puede endilgarse a la afectada con calificativos disvaliosos, en tanto la demandada controvirtió las razones de la demanda y coadyuvó a la prolongación del proceso, pretendiendo en todo caso el rechazo de la demanda y con las costas a cargo de la accionante. Se rechaza el agravio.

Respecto al ámbito temporal de la tasa desde la producción del daño, el punto fue peticionado concretamente en la demanda, sin contradicción de la apelante. Se rechaza.

Se tendrá presente la reserva del caso federal.

Agravios de la parte actora de fs. 551/552vta. Expone la recurrente que sin perjuicio de confirmar la cuestión troncal de la decisión, se agravia en cuanto la sentencia dice que no han existido probanzas acerca de los ingresos mensuales del actor, con lo que recurre como medida de cuantificación al salario mínimo vital y móvil como unidad de medida. Transcribe los fundamentos de los fallos en tal sentido. Argumenta en torno a las constancias del expte. del beneficio de litigar sin gastos, donde se registran los recibos de haberes y de pensión, con lo que suma un mayor beneficio.

La actora peticiona el daño por incapacidad sobreviniente en forma global, en la suma de $500.000, con mención de la importancia del daño e imposibilidad para el desempeño de cualquier tarea, sin referencias a ingresos de su parte, determinantes del reclamo.

La determinación de la magistrada fundada en el salario vital, mínimo y móvil, se ajusta en consecuencia a dicha ponderación genérica de productividad, concepto ajeno a la pensión como veterano de guerra que no resulta afectada.

Se rechaza el agravio.

La apelación respecto al daño moral, con sustento en el gravoso daño ocular, justifica la reiterada fundamentación preconizada por el Dr. Morello en su trabajo “Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral en pro de una posición funcional” (J.A.27-1975342). Insiste el autor en el cometido funcional de las instituciones jurídicas y en tanto son ellas recursos de técnicas al servicio de las necesidades del hombre, “habrá que alejarse de las agobiantes y

estériles disputas de escuela” sobre la desafortunada naturaleza jurídica del daño moral (resarcitoria o punitoria), para otorgarlo desde un punto de vista funcional, con carácter indemnizatorio. Señala entonces los fallos de esa última década de las salas de la Cámara Nacional Civil de la Capital, que categóricamente concluyeron que la indemnización en concepto de daño moral tiene carácter punitorio, ejemplificador y no resarcitorio; mirando no tanto del lado de la víctima, sino por la del ofensor y su situación como lo señala M..

La integridad física del actor se vio gravemente afectada con una intervención del demandado sin ajuste a los antecedentes y límites que exigían la derivación del facultativo tratante y por el carácter riesgoso de tal práctica, por lo que se estima igualmente insuficiente el monto indemnizatorio del rubro establecido en la sentencia, debiendo elevarse a suma acorde con la jurisprudencia vigente, a la suma de $250.000, con lo que concuerdo con mi colega de primer voto.

El resultado de los recursos tornan evidentes la confirmación de las costas de primera instancia y atento la regulación en porcentajes del juicio, que comportan el reconocimiento de las variantes obtenidas y el mérito de los trabajos profesionales, deben confirmarse las respectivas regulaciones de honorarios (arts. 5, 6, 8 y concords. Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico).

Por las razones precedentes las costas de esta alzada conllevan asimismo la imposición a la parte citada en garantía (art. 69 Ley XIII N° 5 del dig.cit.), advirtiendo que se ajustan a derecho los aranceles propuestos por la vocal preopinante para los honorarios de los profesionales actuantes (arts.
citados y art. 13 del arancel).

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Por todo lo expuesto, atento a la congruencia en el resultado de las cuestiones debatidas con el voto de la Dra. Silvia N. Alonso, corresponde el pronunciamiento propuesto y la reserva del caso federal.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Alexandre no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar en todas sus partes el recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

3) Revocar parcialmente la sentencia de fs. 504/522vta., elevando el monto de condena a la suma de pesos cuatrocientos cuarenta y ocho mil ochocientos treinta y cinco pesos ($448.835), conforme los considerandos pertinentes.

4) Costas de la alzada a la citada en garantía.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a los Dres. E. N. y R. C. W., en forma conjunta, en el treinta por ciento (30%) y los del Dr. O. G. R. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 558vta.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara